

De plaats van de rechter in onze constitutionele rechtsorde

1. INLEIDING

De probleemstelling van dit RAI0-congres luidt: 'De rechter als dictator?'. Dat is een provocerende vraag. Een dictator is een autoritair machthebber die **naar eigen goëddunken**, dus naar willekeur, bestuur voert. Het is evident dat de rechter geen dictator mag zijn. Uit de titel van dit congres blijkt echter dat kennelijk de vrees leeft dat de rechter teveel ongecontroleerde macht aan het krijgen is of al heeft. Opmerkelijk is daarbij dat deze vrees vaak slechts impliciet wordt uitgesproken. Politici tonen in de regel voldoende afstand ten opzichte van de rechtspleging en onthouden zich van kritiek. Soms - maar dat slechts bij uitzondering - wordt in de rechtswetenschap een kritisch geluid gehoord (1). De publieke opinie toont zich op dit punt wellicht gevoeliger, maar dit is moeilijker aantoonbaar. De onafhankelijkheid van de rechter vormt voor de leek een vaak onbegrepen fenomeen. De rechter zal vaak door de leek gezien worden als iemand met veel macht over burgers. Daar staat echter tegenover dat veel rechters zich eerder machteloos voelen: de maatregelen die door het democratisch bestuur genomen worden, worden regelmatig door de betrokken rechtssubjecten als onrechtvaardig ervaren. De rechter is echter gehouden deze maatregelen vaak onverkort toe te passen. Dit congres wordt georganiseerd voor juristen. Dat wil zeggen dat de evidentie van de uitspraak dat de rechter geen dictator is aangenomen kan worden. Toch vormt de onafhankelijkheid van de rechter en zijn rechtsvindingstaak ook voor juristen een probleem. De democratische legitimatie van de wet werkt door in de rechtstoepassing, zolang de rechter binnen het kader van de wet blijft. Maar wat is de legitimatie van een rechterlijke uitspraak op een terrein waar (nog) geen wetgeving is, of van een uitspraak waarbij de rechter wetgeving toetst? Deze vragen zijn in onze rechtsliteratuur grotendeels onbeantwoord gebleven.

De probleemstelling van dit congres kan nader geïllustreerd worden aan de hand van een actuele kwestie: de regeling van euthanasie. In

het parlement is uitvoerig gedebatteerd over euthanasiewetgeving. Bij de kabinetsformatie 1986 vormde de euthanasiekwestie het belangrijkste niet-economische knelpunt. Het is waarschijnlijk dat door de politieke meningsverschillen euthanasiewetgeving vooralsnog zal uitblijven. Deze politieke meningsverschillen illustreren dat de euthanasiekwestie nog niet uitgekristalliseerd is. Dit betekent echter niet dat iedere vorm van euthanasie strafbaar is. De rechter heeft in de jurisprudentie een aantal criteria geformuleerd voor de beoordeling van de strafbaarheid van een euthanasiehandeling. De Raad van State heeft geadviseerd in dit stadium nog af te zien van een wettelijke regeling van euthanasie. Daarmee is uitgesproken dat de rechtsontwikkeling ter zake van euthanasie vooralsnog moet worden overgelaten aan de rechter. Daarbij rijst echter direct de eerder geformuleerde vraag wat de legitimatie is van deze rechtsvorming door de rechter. Het is zelfs waarschijnlijk dat de door de rechter geformuleerde criteria te zijner tijd gecodificeerd zullen worden in wetgeving. Hoe is het verklaarbaar dat de rechter juist bij een zo belangrijk maatschappelijk strijdpunt als euthanasie kennelijk de taak krijgt wetgeving 'voor te bereiden'? En dit voorbeeld vormt niet het enige; met het stakingsrecht is het niet anders gegaan. Een uitzondering wordt wellicht gevormd door de uitspraak waarbij geweigerd is te komen tot een toetsing van het besluit tot plaatsing van kruisraketten in Nederland. De rechter heeft in dit geval geoordeeld dat de beslissing ter zake op politiek niveau genomen is en dat het de rechter niet vrij staat te treden in deze politieke beoordeling (2). Het opmerkelijke is dat ter zake van euthanasie vooralsnog door onze democratische organen het woord aan de rechter wordt gelaten, terwijl de rechter ter zake van de plaatsing van kruisraketten het primaat van de democratie vooropstelt.

Naar juridische maatstaven is de rechter geen dictator. In de eerste plaats is de rechter geen bestuurder, maar een geschillenbeslechter. In de tweede plaats kan de Nederlandse rechter niet naar eigen goeddunken handelen. Dit laatste valt echter moeilijker te bewijzen. De rechter is onafhankelijk en in deze onafhankelijke positie heeft de rechter geen binding met de politieke partijen die de grondslag vormen van onze democratische besluitvorming. De besluitvorming door de rechter is dan ook niet in die zin 'democratisch'. Daar staat tegenover dat de besluitvorming door de rechter ook niet 'autoritair' is. De rechter is - ondanks zijn gewaarborgde onafhankelijke positie - gebonden. Het is echter de vraag waaraan de rechter gebonden is. Deze vraag kan beantwoord worden door aan de hand van beslissingen van rechters, die niet zonder meer voortvloeien uit een

vrij strikte wetstoepassing en dus in belangrijke mate gebaseerd zijn op rechtsvinding, na te gaan binnen welk kader de rechter keuzes maakt.

Een belangrijk deel van de rechterlijke rechtsvinding is niet omstreden. Ook al wordt uitgegaan van de stelling dat iedere rechtstoepassing rechtsvinding inhoudt, dan nog kan worden gesteld dat in de meeste gevallen de rechter vrij nauwgezet de wetgeving in zijn rechtspraak volgt. De meer omstreden rechtsvinding door de rechter vindt globaal gesteld plaats op een tweetal terreinen. In de eerste plaats zien we dat de rechter toepassing geeft aan vage rechtsnormen, zoals de grondrechten en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en eventueel andere ongeschreven rechtsbeginselen. In de tweede plaats zien we dat de rechter keuzes moet maken ten aanzien van belangrijke maatschappelijke vraagstukken, zoals de leegstand van woningen, stakingsrecht, euthanasie, de plaatsing van kruisraketten, enz. Dit laatste terrein van rechtsvinding door de rechter is eerder geïllustreerd aan de hand van euthanasie. Het eerste terrein geeft ook interessante ontwikkelingen te zien. Hoewel de rechter aanvankelijk erg terughoudend is geweest bij de toetsing van nationale wetgeving aan grondrechten in internationale verdragen, begint zich de tendens af te tekenen dat de rechter meer vrijmoedig de rechtsgevolgen van deze grondrechten voor onze nationale wetgeving begint te bepalen (3). De ontwikkeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is inmiddels zo ver voortgeschreden, dat in de wetgeving nadrukkelijk de bevoegdheid van de rechter om aan deze vage rechtsnormen te toetsen wordt erkend.

Waaraan is de rechter gebonden bij deze rechtsvinding? Bij de toepassing van grondrechten en algemene beginselen van behoorlijk bestuur is het de rechter zelf die nader inhoud geeft aan vage rechtsnormen. Bij de rechtspraak ter zake van een aantal belangrijke maatschappelijke vraagstukken heeft de rechter vrijwel geen wettelijk kader om te komen tot de vaststelling van hetgeen rechtens is. Op het eerste gezicht is de rechter niet gebonden bij deze besluitvorming. Maar deze eerste indruk is onjuist. Om dit te illustreren wordt een overstap gemaakt naar een rechtssysteem waarin de rechter een geheel andere plaats heeft, namelijk van de Sovjetunie. Netznansky heeft bij het typeren van in zekere zin de 'perfiditeit' van de rechtspraak in de Sovjetunie gesteld, dat een goede rechter in de Sovjetunie weet welke beslissing de Partij van hem verwacht (4). Er is in zoverre een parallel tussen de situatie in Nederland en in de Sovjetunie, dat ook hij stelde dat de inhoud van de rechtsbeslissing niet volledig door geschreven recht vooraf bepaald wordt. Zijn kritiek op het rechtssysteem van de Sovjetunie vloeyde echter met

name voort uit zijn stelling dat de rechter in zijn land niet onafhankelijk is. De binding van de rechtspraak aan de partijlijn is overheersend. In Nederland is de rechter niet gebonden aan enige partijlijn. Voor Nederland zou eerder kunnen worden gezegd dat de rechter gebonden is aan de (rechts)cultuur; het geldende en zich verder ontwikkelende normen- en waardenpatroon. Ook de Nederlandse rechter kan niet naar eigen goeddunken rechtspreken, doch behoort zijn rechtspraak af te stemmen op maatschappelijke ontwikkelingen. Hoe dit proces verloopt is echter niet eenvoudig aan te geven. Zeker is dat door de controle die de rechtswetenschap uitoefent op de rechtspraak en in beperktere mate door de controle die de publieke opinie op de rechter uitoefent, deze geconfronteerd kan worden met kritiek op de inhoud van zijn oordeelsvorming. In die zin kan ook voor Nederland worden gezegd dat de rechter weet welke beslissing van hem verwacht wordt. Hij koerst daarbij echter niet op hetgeen enige politieke partij hem voorschrijft, doch op zijn kennis van maatschappelijke verhoudingen en ontwikkelingen daarin. Deze gebondenheid van de rechter tast niet aan hetgeen wij verstaan onder de onafhankelijkheid van de rechter. Het probleem is echter dat de binding van de rechter aan 'de (rechts)cultuur', of het geldende normen- en waardenpatroon, een vage notie is.

In de voorafgaande alinea's is een kort overzicht gegeven van de probleemstelling van dit RAI0-congres. Geconstateerd kan worden dat de rechter in de tweede helft van deze eeuw een belangrijke rechtsvindingstaak heeft gekregen en dat deze taak zich nog verder uitbreidt. In deze bijdrage zullen de achtergronden van deze ontwikkeling verkend worden. Er zal een schets worden gegeven van een theorie over de plaats van de rechter in onze constitutionele rechtsorde. Daartoe zal eerst aandacht geschonken worden aan de theorie van de machtenscheiding. Daarna zal nagegaan worden wat de plaats is van de rechter in onze rechtsorde. Vervolgens zal de blik gericht worden op de legitimatie van de rechterlijke oordeelsvorming. Deze bijdrage wordt afgerond met een aantal slotopmerkingen.

Het gaat om een complex vraagstuk dat een ruime bespreking zou rechtvaardigen (5). Gelet op de beperkte omvang van deze bijdrage zal moeten worden volstaan met het schetsen van een aantal hoofdlijnen. Daarmee wordt deze bijdrage vatbaar voor discussie: en dat is ook de bedoeling. Ik hoop dat mijn bijdrage stof zal aandragen voor een vruchtbare discussie tijdens het RAI0-congres.

2. DE THEORIE VAN DE MACHTENSCHIEDING

In de regel wordt de theorie van de machtenscheiding, zoals door Montesquieu verwoord in zijn 'De l'esprit des lois', weergegeven als een schema van de constitutionele rechtsorde waarbij drie gescheiden functies: wetgeving, uitvoering en rechtspraak aan drie gescheiden organen worden toebedeeld: wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht. Veelal wordt ook opgemerkt dat dit schema in het Nederlandse staatsrecht slechts in beperkte mate is terug te vinden (6). Met deze weergave van de trias politica wordt echter onrecht gedaan aan de theorie van Montesquieu. Met name bij Franse schrijvers valt een meer genuanceerde benadering terug te vinden (7). In deze paragraaf zal deze benadering uitgewerkt worden.

Voor een goed begrip van de theorie van de machtenscheiding is het noodzakelijk het door Montesquieu beoogde doel voorop te stellen. Montesquieu richtte zich tegen de absolute heerschappij van de vorst in zijn tijd. Hetgeen Montesquieu nastreefde was een matiging van de gezagsuitoefening door een bepaalde constitutionele ordening. Bij het ontwerpen van deze constitutionele ordening heeft Montesquieu als vertrekpunt gekozen een aantal door hem in zijn tijd aanwezig geachte maatschappelijke 'machtsblokken': de koning, de adel en de burgerij. Montesquieu was ervan overtuigd dat concentratie van staatsmacht bij één van deze maatschappelijke machtsblokken (zoals de koning) zou leiden tot machtsmisbruik. Montesquieu streefde naar een constitutionele ordening waarin de staatsmacht **verdeeld** werd over deze drie machtsblokken. Vandaar dat hij drie functies onderscheidde: wetgeving, uitvoering en rechtspraak en deze drie functies toebedeelde aan organen waarin de maatschappelijke machtsblokken participeerden. De uitvoerende macht kwam toe aan de koning en de wetgevende macht aan de wetgever, waarin niet alleen het parlement maar ook de koning participeerde. In het parlement had zowel de burgerij als de adel zitting. Bij preciese lezing van 'De l'esprit des lois' valt op dat Montesquieu een aantal dwarsverbindingen aangeeft tussen regering en parlement (8). De grondslagen voor het parlementaire stelsel worden door hem overgenomen (uit Engeland) evenals de samenwerking tussen regering en parlement bij wetgeving. Beide staatsorganen zijn in hun functioneren op elkaar aangewezen, omdat het geheel niet tot inertie mag vervallen. Deze door Montesquieu beschreven structuur van het constitutionele recht past in belangrijke mate ook op onze constitutionele ordening.

Kern van de theorie van Montesquieu was dat de **politieke macht** verdeeld werd over verschillende staatsorganen en dat de verschillende maatschappelijke machtsblokken participeerden in deze staats-

organen. Voor de plaats van de rechter in de constitutionele rechtsorde heeft deze visie grote gevolgen. Aan welk machtsblok werd de rechtsprekende functie toebedeeld? Aan géén van de drie. Montesquieu stelde voor de rechtsprekende functie toe te bedelen aan een niet permanent college dat voor de duur van zijn werkzaamheden uit de burgerij en eventueel de adel werd samengesteld. Op deze wijze ontstonden rechtsprekende organen die van iedere politieke macht gespeend waren. Voorts wilde Montesquieu door 'goede wetgeving' de rechterlijke macht in staat stellen vrij wetsgetrouw recht te spreken. Vandaar de uitspraak van Montesquieu dat de rechter slechts de spreekbuis van de wet is. In tegenstelling tot de **politieke taken** van wetgevende en uitvoerende macht, had de rechterlijke macht slechts een **juridische taak**: wetstoepassing. Vandaar dat Montesquieu ook kon zeggen dat de rechterlijke macht 'invisible et nulle' was: gespeend van politieke macht, enerzijds door de slechts juridische taak en anderzijds door de ontbrekende koppeling aan enig maatschappelijk machtsblok. De wetgevende en de uitvoerende macht zouden volgens Montesquieu een gematigd bewind voeren doordat de maatschappelijke machtsblokken ieder slechts een deel van die macht uitoefenden. Deze machtsverdeling zou tot matiging leiden doordat 'le pouvoir arrête le pouvoir' (9), waarmee hij bedoelde dat de verschillende maatschappelijke machtsblokken in de door hem voorgestelde constitutionele orde elkaar in evenwicht hielden.

Nadat Montesquieu zijn theorie heeft neergeschreven is er veel veranderd. In Frankrijk bijvoorbeeld werd de koning gedood en werd de adel gedecimeerd en in ieder geval gelijkgesteld aan de burgerij (10). Er geldt thans - ook bij ons - nog slechts één maatschappelijk machtsblok en dat zijn alle rechtsgenoten in de democratie in gelijkheid. Er zijn wel andere machtsstructuren ontstaan, zoals werknemers en werkgevers, maar deze hebben nimmer een direct aan de staatsfuncties gerelateerde taak gekregen (11). De politieke macht wordt via de politieke partijen gekanaliseerd. Door verkiezingen krijgen de politieke partijen in het parlement, en eventueel als regeringspartijen in de regering invloed. Voorts is onze samenleving pluralistisch, in die zin dat er naast de politieke partijen vele maatschappelijke krachten zijn. Het eenvoudige schema van Montesquieu klopt ten aanzien van de koppeling van constitutionele macht aan maatschappelijke machtsblokken niet meer. Vastgesteld kan worden dat door de gemeenschappelijke maatschappelijke basis van regering en parlement - de politieke partijen - een strikte scheiding tussen beide overheidsorganen steeds moeilijker wordt. In dat licht is ook de steeds weer oploeiende discussie over de monistische dan wel dualistische verhouding tussen regering en parlement verklaarbaar.

Een andere belangrijke wijziging sinds Montesquieu's tijd betreft de inhoud van het recht. Bij Montesquieu ging het hoofdzakelijk om ordenend straf- en burgerlijk recht. Na de Tweede-Wereldoorlog is het administratieve recht uitgebouwd en bovendien zijn de doeleinden van het straf- en burgerlijke recht deels veranderd. In het burgerlijke recht zijn rechtsgebieden die van belang waren voor de bescherming van diegenen die maatschappelijk een zwakkere positie innemen - werknemers, huurders - voorwerp van nadere regeling geworden. De wetgever heeft een bepaald beleid ten aanzien van de huizenmarkt en de arbeidsmarkt vastgelegd in de rechtsverhouding tussen de betrokkenen. Het strafrecht is niet meer slechts bedoeld om de ordeverstoring - door openbare dronkenschap, diefstal of moord - tegen te gaan, maar is tevens een instrument geworden om het overheidsbeleid gestalte te geven. Te denken valt aan bijvoorbeeld het economische strafrecht, maar ook aan de vorming van het vervolgingsbeleid van het Openbaar Ministerie. Voor het administratieve recht geldt bij uitstek dat het overheidsbeleid gestalte heeft gekregen in wetgeving. Deze ontwikkeling kan worden samengevat onder de noemer, dat de overheid op een groot aantal maatschappelijke terreinen sturend is gaan optreden en dat daartoe het recht steeds beleidsmatiger van inhoud is geworden.

De hiervoor weergegeven ontwikkelingen na het verschijnen van 'De l'esprit des lois' laten zien dat de grondslag voor de matiging van de machtsuitoefening zoals Montesquieu deze zag, is weggefallen. Er is geen competitie meer van duidelijk herkenbare maatschappelijke machtsblokken bij de uitoefening van staatsmacht. In onze pluralistische samenleving wordt de politieke machtsuitoefening hoofdzakelijk gekanaliseerd via politieke partijen, die zowel in regering als in parlement invloed hebben. In die zin kan ook gesproken worden van een fusie tussen wetgever en bestuur tot het democratisch bestuur (12): het overheidsbeleid wordt in samenwerking tussen regering en parlement in de vorm van nota, plan, beschikking, pseudowetgeving, gedelegeerde wetgeving of wetgeving in formele zin vastgesteld (13). Kon Montesquieu nog uitgaan van 'matige wetgeving', in deze tijd is sprake van grote overheidsinvloed op alle maatschappelijke terreinen. De onvrijheid van het individu die destijds voortvloeide uit armoede en honger, is ingevuld voor een sterk gereguleerde welvaart. Kon Montesquieu nog de vrijheid van het individu omschrijven als de vrijheid om al datgene te doen wat de wet niet verbiedt (14), thans is de vrijheid van het individu afhankelijk van in meerdere of mindere mate genormeerde overheidsbeslissingen. Het individu is afhankelijk - dus in relatieve zin onvrij - in de 'Leistungsstaat' (15).

De bovengeschetste ontwikkeling kan nog op een andere wijze benaderd worden. In de tijd van Montesquieu was de omvang van de staatsbemoeienis beperkt, met andere woorden: het 'gemeenschappelijke' in de samenleving was beperkt. De vrijheid van het individu was - afgezien van honger en armoede - groot. In deze tijd is de betekenis van de gemeenschap sterk toegenomen. Welke invloed heeft dit voor de positie van het individu? Het leven van een ieder is steeds meer afhankelijk geworden van rechtstoepassing en de vrijheid van het individu is steeds meer afhankelijk geworden van juiste rechtstoepassing. En met deze constatering stuiten we op de vraag naar de plaats van de rechter in onze constitutionele rechtsorde, omdat immers de rechter uiteindelijk waakt over juiste rechtstoepassing.

3. DE PLAATS VAN DE RECHTER IN ONZE CONSTITUTIONELE RECHTSORDE

Geconstateerd kan worden dat de onafhankelijkheid van de rechter, zoals in de trias politica omschreven, in belangrijke mate gehandhaafd is in onze constitutionele rechtsorde. Weliswaar is de rechtspraak niet opgedragen aan een niet permanent college gekozen uit de burgerij - zoals Montesquieu voorstelde -, maar er is zeker géén sprake van binding met de politieke partijen. De rechterlijke macht heeft géén politieke macht en heeft ook géén democratische legitimatie, gebaseerd op periodieke verkiezing. Daar staat tegenover dat de taak van de rechter aanzienlijk is veranderd. Door het steeds beleidsmatiger karakter van het recht is de rechter genooddaakt om steeds meer bij zijn rechtsoordelen rekening te houden met dit beleid. Dit heeft op een drietal manieren invloed op de taak van de rechter.

In de eerste plaats moest de rechter de vraag beantwoorden op welke wijze beleidsbeslissingen van het democratisch bestuur in rechtsvormende oordelen benaderd diende te worden. Inmiddels heeft zich de oplossing afgetekend. Op tal van terreinen waar overheidsbeleid een rol speelt bij de rechtstoepassing toetst de rechter aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De essentie van de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur door de rechter is dat deze objectiverend, dat wil zeggen zonder te treden in een volle beoordeling van het beleid, tot een rechtsoordeel komt (16). Kenmerkend voor de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is dat de inhoud van deze rechtsnormen niet vastligt. De rechter heeft deze beginselen in zijn rechtspraak ontwikkeld en deze ontwikkeling gaat nog steeds verder.

In de tweede plaats werd de rechter geconfronteerd met het ver-

schijnsel dat de overheid op steeds meer terreinen van het maatschappelijk leven sturend ging optreden. Vele maatschappelijke verhoudingen zijn 'gejuridificeerd'. Het gevolg van deze ontwikkeling was dat de rechter vaker geconfronteerd werd met maatschappelijke strijdpunten waarvoor in het geldende recht nog geen regeling was te vinden. Anders gezegd: nu de overheid op steeds meer maatschappelijke terreinen regelend is opgetreden, is de gedachte overheersend geworden dat het recht **alles** beheerst. Zelfs in de situatie dat het democratisch bestuur nog geen oplossing heeft gevonden voor maatschappelijke vraagstukken, wordt een beroep op de rechter gedaan opdat deze een juridische oplossing geeft.

In de derde plaats valt op dat de rechter steeds vaker geconfronteerd wordt met een beroep op de grondrechten. Uit de rechtspraak blijkt dat de grondrechten ingrijpende gevolgen kunnen hebben voor onze wetgeving. In de laatste jaren zijn belangrijke aanpassingen van wetgeving voortgevloeid uit de toepassing van grondrechten (17). Op het terrein van de toegang tot de rechter (arresten Benthem (18) en Feldbrugge (19)) zijn ook nog belangrijke ontwikkelingen te verwachten. Bij de toepassing van grondrechten door de rechter doet zich een tweetal problemen voor. In de eerste plaats houden de grondrechten niet steeds een volledig duidelijke rechtsnorm in. Dat wil zeggen dat de rechter bij de toepassing door rechtsvinding nader inhoud zal moeten geven aan de grondrechten. Het tweede probleem vloeit voort uit het feit dat bij de toepassing van grondrechten vaak de wet in formele zin in het geding is. De rechterlijke rechtsvinding vindt daarom plaats tegen de achtergrond van de toetsing van de wet die door democratische besluitvorming tot stand is gekomen. Wellicht dat juist op dit laatste terrein de vraag zich opdringt wat de legitimatie van de rechtspraak van de rechter is.

Het opmerkelijke van deze ontwikkelingen is, dat deze allen ertoe leiden dat de rechterlijke taak bij rechtsvinding steeds meer die van het democratisch bestuur gaat naderen. Bij een voorbeeld als euthanasie spreekt dit het duidelijkst. De grenzen die in de rechtspraak zijn getrokken, benaderen de werking van een wet in formele zin.

Zolang de rechter bij zijn rechtsoordelen vrij nauwgezet de democratische wetgeving kan volgen kan worden gesteld, dat de rechtspraak 'deelt in' de democratische legitimatie van de wetgeving die wordt toegepast. Bij de toepassing van vage rechtsnormen en bij rechtsvinding ter zake van nog niet in de wetgeving geregelde kwesties kan de rechtspraak niet op deze legitimatie bogen. Voordat de vraag beantwoord kan worden hoe het verklaarbaar is dat de rechter toch deze niet democratisch gelegitimeerde rechtsoordelen kan geven, moet

eerst weer een blik gericht worden op de theorie van de machtscheiding als door Montesquieu verwoord.

Eerder is gesteld dat Montesquieu een matiging van de machtsuitoefening over 'burgers' nastreefde door de inrichting van een constitutionele rechtsorde waarin verschillende maatschappelijke machtsblokken in competitie elkaar in evenwicht hielden. Tevens kan worden vastgesteld dat met name door een verandering van de samenleving - die leidde tot gelijkheid van alle burgers - er geen duidelijk te omlijnen machtsblokken meer zijn aan te geven. Hetgeen Montesquieu vreesde - concentratie van wetgevende en uitvoerende (politieke) macht - bij één maatschappelijk machtsblok heeft zich in zekere zin bij ons voorgedaan. De politieke partijen dingen naar de gunst van kiezers en op basis van de samenstelling van de Tweede Kamer wordt een regering samengesteld. Dat er niet zonder meer sprake is van 'dictatuur van de politieke partijen' vloeit in deze tijd voort uit de matigende werking van het parlementaire stelsel; de politieke partijen moeten onderling strijden om de macht. Toch moet worden vastgesteld dat de machtsconcentratie bij het 'democratisch bestuur' zeer groot is. Weliswaar is deze macht niet volledig ongeremd, doch de vraag blijft open of deze machtsconcentratie niet kan leiden tot machtsmisbruik. Deze vrees kan niet worden weggenomen door te verwijzen naar de werking van het parlementaire stelsel. Democratische besluitvorming leidt ertoe dat de genomen besluiten kunnen rekenen op legitimatie bij de rechtsgenoten. Dit wil echter niet zeggen dat iedere individuele burger zich met de genomen besluiten zal kunnen verenigen. De democratische legitimatie heeft betrekking op de wijze van besluitvormen als zodanig, niet zozeer op de inhoud van de besluiten. Bovendien is het niet uitgesloten dat democratisch tot stand gekomen besluiten ook in juridische zin 'onjuist' zijn: recentere rechtspraak toont dat in een aantal gevallen in strijd met bijvoorbeeld grondrechten wetgeving tot stand is gekomen. En wordt wetgeving buiten beschouwing gelaten, dan hoeft het geen betoog dat vele onder democratisch bestuur tot stand gekomen besluiten (bijvoorbeeld beschikkingen) de rechterlijke toetsing niet kunnen doorstaan. De grote waarde van democratische besluitvorming is gelegen in het feit dat daardoor uitgesloten wordt dat de rechtsgenoten onderworpen zijn aan vreemde overheersing. De rechtsgemeenschap beslist zélf. Anders gezegd: democratische legitimatie is een legitimatie die op het niveau van de rechtsgemeenschap als geheel werking heeft. De legitimatie ten opzichte van ieder individu afzonderlijk is slechts beperkt.

In zekere zin kan worden gesteld dat het individu 'onderworpen' is aan de democratie. Het individu kan een voor hem ongunstig besluit

aanvaarden omdat dit besluit 'democratisch' tot stand is gekomen. Tegelijkertijd kan het individu het besluit op zich onjuist vinden. De onvrede van het individu met het besluit wordt echter pas dan rechtens relevant, wanneer hij ook voor een rechter de juistheid ervan kan aanvechten. En juist hierin schuilt de kern van de zaak: tegenover de rechter kan het individu opkomen voor zijn individuele belangen. Tegenover de democratische legitimatie die voortvloeit uit het feit dat door democratische besluitvorming de rechtsgemeenschap vrij is van vreemde overheersing, staat de legitimatie van een besluit ten opzichte van een individu. Deze legitimatie komt tot stand door de mogelijkheid de rechter de vraag voor te leggen of het besluit rechtmatig is. En om trouw te blijven aan de grondgedachte van de theorie van Montesquieu: De wetgevende en uitvoerende macht zijn weliswaar geconcentreerd bij de politieke partijen, daar staat echter een rechterlijke macht tegenover, die door zijn rechtspraak een matigende invloed kan hebben. Deze gedachte moet in verbinding worden gebracht met de constatering hiervoor, dat de taak van de rechter bij rechtsvinding die van het democratisch bestuur nadert. Het is niet meer zo dat de rechterlijke macht 'invisible et nulle' is. De rechter heeft in onze constitutionele ordening meer macht gekregen dan Montesquieu kon vermoeden. De 'trias politica' heeft zich ontwikkeld in de richting van een diademodel: democratisch bestuur versus rechter. En om een meer provocerende terminologie te kiezen: er is sprake van **concurrente besluitvorming** tussen het democratisch bestuur en de rechter (20).

Waarom gesproken over concurrente besluitvorming? Om dit toe te lichten is het noodzakelijk nader in te gaan op de verhouding tussen het democratisch bestuur en de rechter. De wetgevende en de uitvoerende macht, die door het democratisch bestuur worden uitgeoefend, betreffen **politieke macht**. Het overheidsbeleid dat door overleg tussen politieke partijen tot stand komt, wordt door de werking van onze constitutionele orde omgezet in **recht** (wet, besluit, plan, beschikking, enz.). In deze rechtsvorming komt de vrijheid van de democratische rechtsgemeenschap tot uitdrukking. De rechtsgemeenschap bepaalt op tal van terreinen het eigen beleid en dit wordt doorgezet via de vorming van recht. Het is echter niet alleen het democratisch bestuur dat bepaalt wat recht is. In het proces kan de rechter uitspraken doen die voor de vorming van recht van grote betekenis zijn. Er is echter een groot verschil tussen de taak van het democratisch bestuur en de rechter. Het democratisch bestuur voert politiek, de rechter niet. Ondanks deze verschillende taken valt er ook een gemeenschappelijk element in de taakvervulling door de rechter en het democratisch bestuur aan te wijzen. Bij de rechts-

vinding door de rechter en de rechtsvorming door het democratisch bestuur gaat het er steeds om dat er een oriëntatie op de actueel geldende cultuur plaatsvindt. Dit kan geïllustreerd worden aan de hand van de euthanasiekwestie. De meningsvorming over euthanasie is aan verandering onderhevig. Deze verandering is ingezet door de medische praktijk waarbij euthanasie werd toegepast. Door een aantal procedures over euthanasiehandelingen is de kwestie in de publieke belangstelling komen te staan. Het is noodzakelijk dat er een nieuwe consensus ontstaat over de grenzen die bij euthanasie in acht genomen moeten worden. Gelet op de grote verscheidenheid aan belangen die op het spel staan - de rechten van patiënten, de rechten van familieleden, de zekerheid van medisch personeel en het algemeen belang - is het thans niet mogelijk gebleken in het parlement een oplossing te vinden. De rechter ziet zich daarmee gesteld voor de taak in gevallen waarin het Openbaar Ministerie tot vervolging overgaat vast te stellen welke grenzen in acht genomen moeten worden. De taak van de rechter is wellicht minder complex dan die van het parlement bij wetgeving. De rechter kan aan de hand van een concreet geval nagaan of er sprake is van strafbaar handelen, zonder zich direct vast te leggen op voor veel gevallen geldende algemene normstelling. In de loop der tijd kunnen zich in de jurisprudentie echter wel meer algemene normen gaan aftekenen. Zeker is dat de normstelling nauw moet aansluiten bij de maatschappelijke werkelijkheid, de actueel geldende normen en waarden in onze cultuur. Bij abortus is bijvoorbeeld gebleken dat wetgeving die meer 'opgelegd' is, dat wil zeggen, minder aansluit bij actueel geldende normen en waarden, voor de praktijk slechts van geringe betekenis kan zijn. Geconstateerd kan worden dat de rechter in concurrente besluitvorming ten opzichte van het democratisch bestuur een belangrijke plaats heeft gekregen in onze constitutionele rechtsorde. Deze constatering noopt tot de beantwoording van de vraag waarop de legitimatie van de rechterlijke oordeelsvorming berust.

4. DE LEGITIMATIE VAN DE RECHTERLIJKE OORDEELSVORMING

De legitimatie van de rechterlijke oordeelsvorming is eerder als kernvraag aan de orde gesteld. Vastgesteld kan worden dat normstelling in onze rechtsorde meestal door tussenkomst van de wetgever maar soms door tussenkomst van de rechter tot stand komt. De normstelling door de wetgever heeft democratische legitimatie. Bij de rechter is het de vraag waarop de legitimatie berust.

In het gebruik van het begrip legitimatie schuilt een gevaar. Het gaat om een vage notie, die met behulp van een theoretische verkenning nader ingevuld zou kunnen worden. Het gevaar bestaat echter dat door het geven van een theoretisch volledig onderbouwde invulling de aandacht afgeleid wordt van het gestelde probleem. Daarom zal hier worden volstaan met een korte nadere aanduiding van wat de inhoud van de vage notie legitimatie in deze bijdrage is. Voor legitimatie kan 'de reden voor aanvaarding door de rechtsgenoten' gelezen worden. Daarbij moet wel worden aangetekend dat deze aanvaarding niet voortvloeit uit een statische visie op normen en waarden die door de rechter toegepast worden, doch dat de aanvaarding berust op het inzicht dat door de wijze waarop de rechter tot zijn normstelling komt, deze normstelling aansluit bij de maatschappelijke werkelijkheid (21) en daarom door de rechtsgenoten aanvaard wordt. Gesteld kan worden dat kennelijk de rechtspraak van de Nederlandse rechter deze legitimatie geniet. Juist de opschudding die ontstaan is in de media over de uitspraak van de president van de Rechtbank te Almelo (22) inzake de staking in het wegvervoer, toont dat de publieke opinie heel gevoelig kan reageren. Terwijl de kranten echter vol stonden over de parlementaire discussie over euthanasie, blijkt dat de rechtspraak van de rechter op dit terrein met een zekere rust aanvaard is.

De legitimatie van de rechtspraak van de rechter vloeit voort uit het feit dat de rechter in Nederland kennelijk in staat is om in vrij nauwe aansluiting bij het zich in de samenleving ontwikkelende normen- en waardenpatroon recht te spreken. Zolang er geen beroering ontstaat over de taakvervulling door de rechter is er geen reden hieraan te twijfelen. De reden dat de rechter aanvaardbaar recht spreekt is wellicht dat juist door rechtspraak - in een procedure naar aanleiding van een concreet geval - de normen en waarden goed opgespoord kunnen worden. Dit kan wederom geïllustreerd worden aan de hand van de euthanasiekwesitie. Op grond van de strafwetgeving is euthanasie strafbaar. Deze normstelling sluit kennelijk niet meer aan bij het geldende normen- en waardenpatroon, juist omdat door medici en soms burgers euthanasie wordt toegepast. Deze ontwikkeling kan 'democratisch' genoemd worden, in die zin dat de rechtsgenoten het initiatief nemen tot verandering. Zou de rechter rigide de normstelling in het strafrecht volgen, dan zou hij dit maatschappelijke signaal negeren. De rechter heeft tot taak in dit concrete geval uit te maken of de euthanasiebehandeling moet leiden tot strafoplegging of niet. Juist omdat het één geval betreft is de rechter vaak beter in staat te komen tot een oordeel over de toelaatbaarheid. Voor de wetgever zou dit veel moeilijker zijn, omdat

voor een onbepaald aantal gevallen een norm gegeven zou moeten worden.

Nu de vraag gesteld is naar de legitimatie van de rechterlijke oordeelsvorming kan ook de vraag naar de legitimatie van de democratische besluitvorming aan de orde worden gesteld. Opmerkelijk is dat deze legitimatie weinig omstreden is. Slechts in de beperkte kring van de 'Autonomen' leeft twijfel en verzet. Toch valt er bij de legitimatie van de democratische besluitvorming ook een vraagteken te plaatsen. De werking van onze democratie is uiterst complex. Met regelmaat rijst de vraag of de politieke partijen nog wel in staat zijn om voldoende in contact te staan met de kiezers. Bovendien geldt wellicht voor de overgrote meerderheid van de kiezers dat zij zich niet op alle punten of zelfs maar in hoofdlijnen kunnen vinden in het partijprogramma van één van de politieke partijen. Juist de steeds groeiende pluraliteit van onze samenleving draagt ertoe bij dat de aanhang van politieke partijen steeds moeilijker traceerbaar wordt. Soms lijkt het erop dat de persoon van de lijsttrekker van veel groter belang is dan de inhoud van het te voeren beleid. Ten slotte kan worden gezegd dat de noodzaak van coalitievorming ertoe leidt dat 'verkiezingsbeloften' in partijprogramma's slechts relatieve betekenis hebben. Al met al moet worden geconstateerd dat bij de concrete besluitvorming in het parlement steeds de vraag kan worden gesteld of deze besluitvorming de steun heeft van een meerderheid in de samenleving. De discussie over de invoering van het referendum vormt hiervan een duidelijke weerslag. In een aantal gevallen wordt zelfs een peiling van de publieke opinie, voordat tot besluitvorming wordt overgegaan, opgezet doordat bewindslieden in een spreekbeurt een plan lanceren. Ten dele heeft dit tot gevolg dat er een zekere 'gewenning' aan de gelanceerde ontwikkeling kan plaatsvinden, ten dele heeft de vooraankondiging tot gevolg dat politici kunnen inschatten hoe ver gegaan kan worden zonder de maatschappelijke onrust al te hoog op te drijven. De ontwikkeling rond de wetgeving waarbij verplichte persoonslegitimatie wordt mogelijk gemaakt, vormt hiervan een voorbeeld. Het destijds uitblijven van de periodieke volkstelling kan hier ook genoemd worden: kennelijk achtte men de te verwachten maatschappelijke onrust van zo groot gewicht, dat deze niet opwoog tegen de waarde van een volkstelling. Hieruit blijkt dat ook regering en parlement zijn aangewezen op een goede inschatting van het geldende normen- en waardenstelsel. De mogelijkheden van regering en parlement om door wetgeving dit normen- en waardenstelsel te veranderen zijn beperkt. Hiervan vormt de abortuskwestie wellicht een voorbeeld. De maatschappelijke ontwikkeling toont dat er een sterke stroming was in de rich-

ting van liberalisering van abortus. De minder liberale abortuswetgeving van Van Agt heeft hierin weinig verandering kunnen brengen. Met andere woorden: de ontwikkeling van het normen- en waardenpatroon in de samenleving is sterker gebleken dan de invloed van besluitvorming door regering en parlement. Een ander voorbeeld wordt gevormd door de maximumsnelheid op onze snelwegen; feit en norm sluiten hier niet zo goed bij elkaar aan. Het voorgaande kan worden samengevat in de stelling dat niet al datgene wat door regering en parlement vastgesteld wordt legitimatie geniet, in die zin, dat de rechtsgenoten de maatregelen aanvaarden.

Uit het voorgaande blijkt dat de grond voor aanvaarding van rechtspraak en democratische besluitvorming uiteindelijk dezelfde is: aansluiting moet worden gezocht bij het geldende normen- en waardenpatroon en eventueel kan **tot op zekere hoogte** invloed worden uitgeoefend op dit normen- en waardenpatroon. Het is dan ook juist niet te stellen dat de democratische legitimatie in onze rechtsorde van doorslaggevende invloed is op de stabiliteit van onze samenleving, als wel dat de legitimatie van de rechtsvorming voortvloeit uit én democratische besluitvorming én rechtspraak (23). De aanvaarding van onze rechtsorde berust op de werking van de democratische rechtsstaat, waarin zowel het democratisch bestuur als de rechter een taak hebben. Vandaar dat hiervoor gesproken is over de concurrente besluitvorming tussen het democratisch bestuur enerzijds en de rechter anderzijds. Optimale werking van de democratische rechtsstaat is mogelijk wanneer het democratisch bestuur en de rechter in nauwe aansluiting bij het geldende en zich verder ontwikkelende normen- en waardenpatroon tot rechtsvorming komen.

De basis voor rechtsvorming door de wetgever en de rechter is vaak dezelfde: de oriëntatie op het geldende normen- en waardenpatroon. Daarmee is echter niet gezegd dat de rechter en het democratisch bestuur dezelfde taak hebben. Eerder is gesteld dat het democratisch bestuur 'politiek voert'. Dat wil zeggen dat het democratisch bestuur een leidende rol speelt bij de beïnvloeding van het normen- en waardenpatroon. De rechter is veel meer volgend en heeft geen 'recht van initiatief'. Daar staat tegenover dat het democratisch bestuur en de rechter in concurrente besluitvorming - elk vanuit hun eigen taak en bevoegdheden - tot vaststelling van rechtsnormen oproepen zijn.

Ter afronding wordt nog ingegaan op het probleem dat het voorgaande kan leiden tot de conclusie dat deze visie op de verhouding tussen het democratisch bestuur en de rechter wel erg vaag is en weinig aanknopingspunten geeft voor een grensbepaling.

Er is sprake van een subtiel evenwicht tussen het democratisch

bestuur en de rechter. Soms neemt het democratisch bestuur het initiatief tot wijziging van het geldende recht, soms wordt een rechtsontwikkeling overgelaten aan de rechter. Voor de keuze tussen beide wegen valt geen norm te stellen. Het is meer de loop der gebeurtenissen die bepalend is. Deze verhouding tussen democratisch bestuur en rechter vertoont overeenkomst met de verhouding tussen twee andere constitutionele organen: regering en parlement. Deze beide organen beschikken over eigen bevoegdheden en machtsmiddelen. Geen van beide kan uiteindelijk alléén macht uitoefenen. In de situatie bijvoorbeeld dat het parlement de regering heenzendt, kan de regering de kamer ontbinden. Het parlement kan bij een initiatiefwet een bepaalde rechtsvorming 'afdwingen', maar de regering kan het contraseign weigeren. Beide organen werken in onderlinge verbondenheid en afhankelijkheid. Deze verhouding berust op een aantal - deels ongeschreven - constitutioneelrechtelijke rechtsnormen, zoals de vertrouwensregel. Het parlementaire stelsel wordt echter niet alleen door deze rechtsnormen in stand gehouden, doch mede door de consensus bij de betrokkenen dat er een zinvolle samenwerking tot stand moet komen, hetgeen genoemd kan worden: 'Die Wille zur Verfassung' (24). Montesquieu sprak in dit verband over 'aller en concert' (25). Deze consensus berust op een parlementaire geschiedenis van ruim anderhalve eeuw, waarin soms de uiterste grenzen zijn verkend.

Ook de verhouding tussen democratisch bestuur en rechter is in ons constitutionele recht genormeerd. De bevoegdheden bijvoorbeeld van de rechter en van het democratisch bestuur zijn gegeven. Maar in de praktijk van democratische besluitvorming en rechtspraak wordt de actuele verhouding bepaald. De Hoge Raad heeft aanvankelijk een terughoudende opstelling gekozen ten aanzien van de toetsing van de wet in formele zin aan grondrechten. In de laatste jaren lijkt het erop dat de Hoge Raad zich minder terughoudend gaat opstellen en daarmee meer invloed krijgt op de rechtsvorming op dit terrein. Deze ontwikkeling is alleen te begrijpen vanuit het inzicht dat in de eerste decennia na de totstandkoming van het Europees Verdrag een minder terughoudende opstelling van de Hoge Raad op verzet van onder andere regering en parlement was gestuit. Inmiddels is men vertrouwd geraakt met de werking van grondrechten en is nadere jurisprudentie van het Europese Hof voor de rechten van de mens bekend, zodat de jurisprudentie van de Hoge Raad weinig tegenspraak heeft gekregen. De geconstateerde parallel tussen de verhouding van regering en parlement aan de ene kant en het democratisch bestuur en de rechter aan de andere kant toont ons een van de meest wezenlijke trekken van ons constitutionele recht: de verhouding tussen de hoogste staatsor-

ganen is niet op eenvoudige wijze of alleen maar in een geschreven constitutie vast te leggen (26). Dit geldt zowel voor de werking van het parlementaire stelsel, als voor de omvang van de concurrente besluitvorming tussen het democratisch bestuur en de rechter.

5. BESLUIT

Ter afronding worden nog een aantal opmerkingen gemaakt. Uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de rechten van de mens blijkt dat de toepassing van art. 6 van het Europees Verdrag, dat het recht op toegang tot de rechter en de aanspraak op een eerlijk proces omvat, de meeste geschilpunten geeft. De meest ingrijpende uitspraken voor ons nationale recht van het Europese Hof betreffen juist de toegang tot de rechter. Wellicht vormt deze ontwikkeling op langere termijn gezien het signaal dat de betekenis van de rechter in onze constitutionele rechtsorde groeit.

Met deze bijdrage over de vraag: 'de rechter als dictator?' is niet het laatste woord gezegd. De verhouding tussen de rechter en de wetgever wordt primair bepaald door het geldende normen- en waardenpatroon. Het opsporen daarvan is niet het werk van een eenling in de studeerkamer. Getracht is een visie te geven die aanknopingspunten geeft voor discussie. De traditionele opvatting over de taak van de rechter als 'spreekbuis van de wet' strookt niet (meer) met de werkelijkheid. De rechtsvormende taak van de rechter wordt steeds belangrijker. Enerzijds wordt in de literatuur aangenomen dat de rechter niet slechts recht toepast, maar ook recht 'vindt'. Anderzijds is nog weinig literatuur beschikbaar waarin de consequenties van deze ontwikkeling voor onze visie op het constitutionele recht worden aangegeven. Dit RAIO-congres kan een bijdrage leveren tot het opvullen van deze leemte.

In deze bijdrage tot de discussie is verdedigd dat het constitutionele schema van Montesquieu, anders dan vaak wordt beweerd, nog steeds past op onze constitutionele rechtsorde. Op een ander punt blijkt er echter een divergentie te zijn ontstaan tussen de gedachten van Montesquieu en onze huidige rechtsorde. De matiging van de politieke machtsuitoefening, doordat verschillende maatschappelijke machtsblokken participeerden in de uitoefening van staatsmacht is bij ons beperkt, doordat er geen duidelijk te scheiden maatschappelijke machtsblokken meer aanwijsbaar zijn. Onze samenleving is pluralistisch en via de werking van het partijstelsel nemen politieke partijen deel aan de machtsuitoefening. Door de gemeenschappelijke maatschappelijke basis van regering en parlement in de politieke

partijen, heeft er in zekere zin een samensmelting plaatsgevonden tussen regering en parlement tot het democratisch bestuur. Tegenover dit democratisch bestuur staat de rechter, die bij uitstek te waken heeft over de rechten van het individu. Over de verhouding tussen het democratisch bestuur en de rechter - en met name over de 'machtsverhouding' tussen beiden - bestaat geen maatschappelijke consensus meer. De toenemende invloed van de rechter op de rechtsvorming vormt een verschijnsel dat door menigeen met gemengde gevoelens wordt benaderd, omdat deze invloed niet past in het traditionele beeld van de werking van onze democratie. Het kernpunt is echter dat niet de democratische besluitvorming de enige grondslag vormt voor de stabiliteit van onze samenleving, doch dat ook de oriëntatie van de rechter op het geldende normen- en waardenpatroon bij zijn rechtsvormende taak een bijdrage levert. De legitimatie van de rechtsvorming in onze rechtsorde vloeit voort uit de werking van de **democratische rechtsstaat**, waarin zowel rechterlijke besluitvorming als democratische besluitvorming een belangrijke plaats innemen.

In deze bijdrage is één essentiële kwestie blijven liggen: de waarborgen voor een goed samengestelde rechterlijke macht. De rekrutering van parlementariërs door algemene verkiezingen is vastgelegd in onze constitutie. De waarde van onze democratie wordt mede bepaald door deze regeling. Voor rechters is vrijwel geen andere constitutionele normstelling te vinden dan dat de rechter onafhankelijk is, in de zin van 'onafzetbaar'. Uit het voorgaande blijkt dat de rechter niet alleen thuis moet zijn in het Wetboek, maar ook een zekere gevoeligheid moet hebben voor het opsporen van maatschappelijke ontwikkelingen. De rechter kan er niet mee volstaan een angstig conformist te zijn, die zich veilig in zijn werkkamer overgeeft aan juridische fijnslijperij. Juist door de toenemende overheidsinvloed op het maatschappelijk leven wordt de rechtstoepassing steeds meer maatschappijbetrokken. Bij de opleiding en rekrutering van rechters moet hiermee rekening worden gehouden. Wellicht dat daarom in onze constitutionele rechtsorde een plaats is weggelegd voor een Raad voor de Magistratuur (27), die meer onafhankelijk ten opzichte van het democratisch bestuur de werving, selectie en opleiding van rechters op zich zou kunnen nemen.

NOTEN

1. G.J. Wiarda, Drie typen van rechtsvinding. Zwolle, 1980, p. 68 e.v. en C.W. Dubbink, Rechter, wetgever, bestuur, De Praktijk-gids, 1980, p. 265.
2. Rb. 's-Gravenhage 20 mei 1986; Deze zaak moet nog in hoger beroep dienen.
3. E.A. Alkema, Toepassing van de Europese Conventie voor de rechten van de mens in Nederland, Preadvies voor de Vereniging voor de rechtsvergelijkende studie van het recht van België en Nederland. Zwolle, 1985, p. 34 e.v.
4. B. de Jong Interview met F. Netznansky, 'een politiek ervaren rechter voelt aan wat voor vonnis de Partij van hem verwacht', Intermediair, 10 februari 1984, p. 17.
5. In A.F.M. Brenninkmeijer, Kernenergie, rechtsstaat en democratie, Zwolle, 1983, evenals in mijn nog te verdedigen dissertatie (De toegang tot de rechter) wordt een meer uitgewerkte behandeling van dit onderwerp gegeven.
6. Wiarda, a.w., p. 70.
7. Ch. Eisenmann, La pensée constitutionnelle de Montesquieu, Bicentenaire de l'esprit des lois, Parijs, 1952; J. Cadart, Institutions politiques et droit constitutionnel, deel I, Parijs, 1979, p. 300 en S. Goyard-Fabre, La philosophie du droit de Montesquieu, Parijs, 1979, maar zie ook A.M. Donner, Handboek van het Nederlandse staatsrecht, Zwolle, 1983, p. 421 e.v.
8. Montesquieu, Oeuvres complètes l'intégrale, Parijs, 1964, p. 586 e.v.
9. Montesquieu, a.w., p. 586.
10. Vgl. art. 1 van de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen: Les hommes naissent et demeurent libre et égaux en droit. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.
11. Tijdens de democratiseringsgolf in de jaren zestig is wel voorgesteld de Eerste Kamer samen te stellen uit deze groeperingen.
12. Brenninkmeijer, a.w., p. 37.
13. Vgl. T. Koopmans, De rol van de wetgever, in: Honderd jaar rechtsleven, Deventer, 1970, p. 221 e.v.
14. Montesquieu, a.w., p. 586, zie ook Goyard-Fabre, a.w., p. 288 e.v.
15. Vgl. A.M. Donner, Grondwetsherziening en staatsrecht dogmatiek, Iets over het materieel wetsbegrip, Bijdrage voor de Staatsrechtconferentie, 1981 en E.M.H. Hirsch Ballin, Vertrouwen op het recht, Alphen a/d Rijn, 1982.

16. J. van der Hoeven, De grenzen van de rechterlijke functie in de administratieve rechtspraak, RMTh 1974, p. 658 e.v.; E.M.H. Hirsch Ballin, Rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur, Nederlands tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie, 1982, p. 105 e.v.
17. Vgl. Alkema, a.w.
18. Europees Hof voor de rechten van de mens 23 okt. 1985, AB 1986, 1, met noot E.M.H. Hirsch Ballin.
19. Europees Hof voor de rechten van de mens 29 mei 1986.
20. Vgl. Brenninkmeijer, a.w., p. 37 e.v.
21. A.M. Donner, Over legitimatie, Preadvies voor de Staatsrechtconferentie 1974, Rotterdam, p. 31 e.v.
22. Pres. Rb. Almelo 12 febr. 1986, KG 1986, 135.
23. Vgl. A.M. Donner, Bestendig en wederkerig, Zwolle 1979.
24. K. Hesse, Die normatieve Kraft der Verfassung, Tübingen 1959, p. 12 e.v.
25. Montesquieu, a.w., p. 586 e.v.
26. Vgl. J. van der Hoeven, De plaats van de Grondwet in ons constitutionele recht, Zwolle, 1958, p. 244 e.v.
27. Vergelijk de voorstellen van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie ter zake.